

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1  
BLANES  
Procedimiento Ordinario 611/16-A**

**SENTENCIA Nº 84/17**

En Blanes, a 17 de noviembre de 2017

Vistos por Dña. Marta Sitjes Pujol, Juez en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Blanes, los presentes autos de juicio ordinario 611/16, a instancia de \_\_\_\_\_ representada por la Procuradora Sra \_\_\_\_\_ y asistida por el Letrado Sr Bescompte, contra la entidad Banco Popular Español, SA, representada por el Procuradora \_\_\_\_\_ y asistida por la Letrada Sra Brunet.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha de 29 de noviembre de 2016 se presentó demanda ante la oficina de reparto del Juzgado Decano de esta ciudad, que por turno correspondió a este Juzgado, suscrita por la expresada demandante contra la también indicada demandada, en base a los hechos y fundamentos de derecho expuestos en el referido escrito y en la que se terminaba suplicando que se dictara sentencia por la que se declare la nulidad de la orden de valores de fecha 2 de octubre de 2009 de bonos convertibles y de la orden de valores de fecha 11 de mayo de 2015 de canje por bonos subordinados obligatoriamente convertibles, por existencia de error sobre el objeto que vicia el consentimiento. Así como se condene a la demandada a devolver la cantidad inicialmente invertida de 33.000 euros con devolución por parte de la actora de las acciones convertidas, menos los intereses cobrados por la actora. Más intereses legales desde la fecha de la adquisición de los bonos a 2 de octubre de 2009 y costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que en el término legal compareciera en las actuaciones y la contestara, cosa que hizo con el resultado que se ve en las actuaciones, en base a los hechos y fundamentos de derecho expuestos y terminaba suplicando que se dictara sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición de las costas procesales a la actora.

**TERCERO.-** Se celebró la audiencia previa el día 16 de mayo de 2017 sin acuerdo de las partes. El acto del juicio tuvo lugar el día 2 de noviembre de 2017, compareciendo las partes personadas, y practicadas las pruebas propuestas y declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos para sentencia.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La parte actora funda su pretensión de nulidad en la existencia de vicio en el consentimiento generado por la entidad demandada que ofreció a la Sra de 77 años de edad, pensionista, que fue trabajadora habiéndose dedicado a la hostelería, ahorradora y sin conocimientos financieros, la contratación de un producto de alto riesgo con la creencia errónea que esta operación era similar a la de un depósito bancario en el que no asumía riesgo alguno en el capital invertido por estar asegurado. En el año 2009 adquirió una partida de bonos por importe de 33.000 euros y en el año 2012 canjeó dichos bonos por otros bonos y el día 25/11/2015 se produjo el vencimiento de los bonos convertibles en acciones del Banco Popular, así por los 33 bonos recibió 1.873 acciones.

Por la representación del Banco Popular Español, SA se alega en primer lugar la caducidad de la acción de nulidad por entender que, aún en el caso de entender que no conocía los riesgos, dicho conocimiento de establece de forma indubitada cuando tiene lugar el canje de los bonos subordinados suscritos por otros con vencimiento posterior, lo cual tuvo lugar en mayo de 2012, siendo la presentación de la demanda en diciembre de 2016, una vez transcurrido más de 4 años desde que tuvo conocimiento del supuesto error. Por contra, la parte actora en su demanda ante esta posible excepción, alegó que el plazo de 4 años comenzaría a contar desde la conversión de los bonos en acciones, que tuvo lugar a finales del año 2015. En segundo lugar, la parte demandada, alega fundamentalmente que la actora había adquirido el producto por su propia iniciativa, que era plenamente consciente del funcionamiento del producto que contrataba habiendo obtenido 10.506,47 euros en concepto de intereses (doc 1), que recibió una información completa y exhaustiva de los riesgos del producto y se entregó por la entidad bancaria toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente.

**SEGUNDO.-** La primera cuestión que debe resolverse es la excepción de caducidad de la acción de nulidad por vicio de consentimiento ejercitada con carácter principal. Según el artículo 1.301 del Código Civil la acción de nulidad relativa o anulabilidad está sujeta al plazo de caducidad de cuatro años, que para los supuestos de error o dolo comenzarán a correr desde la consumación del contrato, por lo que es necesario determinar el momento en que se ha consumado el contrato para saber cuándo empieza a computarse el plazo de caducidad de la acción.

Conforme a la jurisprudencia del TS el inicio de cómputo de este plazo en los contratos de tracto sucesivo con vocación de permanencia, no procede hasta la consumación del contrato, así lo establece en distintas resoluciones en especial en su sentencia de 12 de enero de 2015, y en las posteriores de 25 de febrero de 2016, 29 de junio de 2016 y de 1 de diciembre de 2016, recogidas en la de 3 de marzo de 2016, en la que establece: "No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo." Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 56912003, de 11 de junio cuando señala : "...dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado

Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones" (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice: "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores, el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma no podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil. Entender que la acción sólo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato. Por lo que, la alegación de la parte demandada, de que el contrato ya se encuentra vencido, no es obstáculo para apreciar la nulidad pretendida.

Posteriormente la STS de 17 de junio de 2016, señala: "siendo su principal característica que, al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido (..) como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones", siendo en dicha fase y momento cuando el obligacionista adquiere el cabal conocimiento de la verdadera naturaleza del producto".

Partiendo de ello, en el presente caso, no es cuestión controvertida que la Sra en fecha 2 de octubre de 2009 suscribió un contrato de 33 Bonos Convertibles, si bien el mismo no consta en autos, y, del documento 4 de la demanda, la Sra en fecha 2 de mayo de 2012 realizó un canje de éstos por 33 Bonos Subordinados Obligatoriamente Convertibles, y de dicho documento se deduce en el apartado observaciones que la orden lo fue para la recompra de valores, esto es, no fue la conversión de los bonos en acciones. Ésta conversión o

canje en acciones se produjo el día 11 de diciembre de 2015, según el documento nº 5 de la demanda, en el que se deduce que se produce un canje de los 33 Bonos Subordinados Convertibles por 1.873 acciones del Banco Popular. En consecuencia, el día a quo es el 11 de diciembre de 2015 en el que tuvo lugar la conversión en acciones, por ello y habiéndose presentado la demanda el 29 de noviembre de 2016, debe concluirse que la acción no está caducada, por lo que procede desestimar esta excepción.

**TERCERO.-** En cuanto a la cuestión de fondo, conviene hacer referencia previamente a las características y naturaleza de los productos contratados por la Sra. [redacted], bonos convertibles en acciones del Banco Popular. La sentencia de la sección Tercera de la Audiencia d Baleares de 29 de noviembre de 2013 explica que "Los bonos subordinados necesariamente canjeables objeto del contrato de autos son productos financieros mediante los cuales y a través de distintas etapas -canje necesario en obligaciones subordinadas del Banco Popular Español y conversión de tales obligaciones en acciones ordinarias del Banco Popular Español- el banco se recapitaliza. A estos efectos, conviene recordar el contexto en el que se comercializan estos productos: A las entidades financieras se les exige mantener un coeficiente de solvencia para reforzar su resistencia frente a pérdidas no previstas, de modo que debe mantenerse una proporción entre sus recursos propios y los riesgos que asumen. Para cumplir con dichas exigencias de recapitalización el banco podía acudir directamente a las ampliaciones de capital. Pero en tal caso la captación de nuevos socios podía haberse visto perjudicada por la baja confianza en los bancos en plena crisis financiera. No puede olvidarse que el contrato de autos se celebró en 2009, en plena crisis desencadenada desde 2007. La principal característica de los bonos convertibles es que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión en renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido. Es por ello por lo que el banco ha de ser especialmente cuidadoso al informar al inversor minorista, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión; todo ello con el agravante de que los bonos no se pueden vender."

También sobre estos productos se ha pronunciado la STS de 17 de junio de 2016 antes aludida, que en su FJ Cuarto se refiere a la complejidad de las obligaciones necesariamente convertibles en acciones, que son un producto complejo en atención a sus características especiales en la forma de canje, ecuación de conversión y obligación de canje anticipada para el adquirente, por lo que la entidad bancaria debe proporcionar una obligación completa y clara sobre el producto y sus riesgos. Y en el FJ Séptimo alude a la información sobre los riesgos, partiendo del artículo 11 de la Directiva 1993/22CE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el artículo 79 bis de la LMV y el RD 217/2008, de 15 de febrero, y de la importancia que esta normativa concede al correcto funcionamiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión: "En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión (...). La empresa que presta el servicio de

inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas (...). La empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar y de hacerlo con suficiente antelación, conforme al art. 11 de la Directiva 1993/22CE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el artículo 79 bis de la LMV y el RD 217/2008, de 15 de febrero; No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (...), para que exista asesoramiento (...) basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.”

Partiendo pues de dicha sentencia, aplicable al caso, debe señalarse que de la prueba practicada no consta que se diera información suficiente con carácter previo a la primera contratación en el año 2009, así el Sr [REDACTED], ex empleado del banco y quien intervino en la operación de suscripción de los bonos, ha manifestado que le ofreció el producto a la Sra [REDACTED], cliente desde hacia 50 años, por el alto tipo de interés que generaba, oferta que ya supone un servicio de asesoramiento y que contradice que actuara por cuenta propia (doc 8). También ha manifestado el Sr [REDACTED] que cree que le advirtió de los riesgos y el mismo día lo contrató. Por lo que, no se facilitó información antes de la formalización del contrato del año 2009, sino que el mismo día de la contratación se le facilitó un tríptico informativo (doc 2), que como se ha dicho no basta, ni siquiera consta aportada la orden de suscripción de la primera inversión. En la segunda contratación en el año 2012 consta entregada el propio contrato u orden de suscripción (doc 4), el tríptico (doc 5) y se le hizo firmar una declaración genérica (doc 6) sin que consta ningún dato del producto contratado. De su lectura resulta insuficiente para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizarán las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como determina la STS de 19 de mayo de 2016.

Tampoco consta que se le informara a la Sra [REDACTED] del procedimiento a seguir para calcular el número de acciones que recibiría en la fecha estipulada para la conversión, así se infiere de las de las respuestas ofrecidas por el Sr [REDACTED] que también lo desconocía. Tampoco consta, y así lo admite la demandada, que se formalizara ningún test, ni de conveniencia ni de idoneidad, pese a ser preceptivo (art 79 bis 7 LMV), máxime cuando ha manifestado el Sr [REDACTED] que la Sra [REDACTED] tenía 74 años en el momento de la contratación, no tenía conocimientos financieros, se había dedicado profesionalmente toda su vida a la explotación de un bar, que su idioma no era el español, pero que más o menos se entendían, y sin que hubiese invertido con anterioridad en fondos de inversión.

Ante la complejidad y riesgo del producto, que tiene unas características no conocidas por la mayoría de los usuarios bancarios, el Banco debió realizar una actuación que garantizase que el cliente conocía y comprendía cada uno de los elementos relevantes y en concreto era preciso que se facilitase la totalidad de la información relativa al efecto económico que el contrato podía tener en el panorama más desfavorable para el cliente. Con esta carencia de información no resulta

posible que la Sra . conociese el producto en el que estaba invirtiendo el dinero y conociese los aspectos más relevantes del mismo. No hay prueba alguna de que se facilitase una información comprensible ni de que llegase a plantearse la posibilidad de una gran pérdida de la inversión. Tampoco le fue entregada con antelación suficiente la información completa del producto a fin de que pudiese estudiarla y plantear las dudas que pudiese tener.

Pues bien, la falta de aportación de esta información y la no realización del test de idoneidad no dan lugar de forma automática a la existencia del vicio del consentimiento pero permiten presumir que se produjo el error invalidante. En este sentido resulta aplicable el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 384/2014 de 7 de julio de 2014 : "A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap. 3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. 4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo"

Partiendo, pues, de dicha doctrina, se considera que existe un error invalidante que da lugar a la nulidad contractual ya que recae sobre elementos esenciales del contrato, en concreto sobre el objeto y funcionamiento del producto contratado, error que no es imputable a quien lo padece por no haber sido capaz de llegar a comprender los términos del contrato, sin que se le pueda imputar que

firmase convencida de que había entendido lo que firmaba cuando en realidad no había llegado a comprender su funcionamiento dada la complejidad del negocio y falta de claridad en su descripción, por lo que el error es excusable, pues actuó en la convicción de que había entendido lo que se le explicaba por el banco y ninguna diligencia superior le era exigible. Por tanto, la parte actora prestó su consentimiento a un producto financiero complejo sobre el cual desconocía su conveniencia, no consta que se ahondara en los riesgos del mismo, no se le dio información suficiente para reequilibrar la asimetría informativa entre las partes, ni la suficiente información comprensible y comprendida.

Por todo lo expuesto, procede declarar la nulidad de las órdenes de compraventa de los bonos convertibles y, en consecuencia, del contrato de adquisición y del contrato antecedente derivado de dicha adquisición, en virtud de la teoría de la ineficacia propagada o en cadena elaborada por la doctrina jurisprudencial (STS de 17 de junio de 2010).

**CUARTO.-** La consecuencia de la nulidad es la restitución de las respectivas prestaciones, de las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil, por lo que es obligación de la parte demandada la devolución del principal invertido de 33.000 euros y los frutos que el capital ha generado, que se materializa en el interés legal devengado desde el instante que se materializaron las correspondientes y sucesivas órdenes de compra, como medio de lograr un justo reintegro patrimonial o la restitutio in integrum. Del mismo modo, la actora deberá reintegrar la totalidad de los importes abonados durante el tiempo de vigencia de las obligaciones subordinadas con el interés legal desde el instante en que se formalizaron los rendimientos, así en el documento 1 de la contestación a la demanda se hacen constar los importes de los rendimientos, que según la demanda ascienden a 10.506,47 euros, cantidad que se deducirá del principal reclamado, así como la restitución a la demandada de las acciones adquiridas en virtud del reseñado canje.

**QUINTO.-** En aplicación del criterio del vencimiento previsto en el artículo 394 de la LEC, en los procesos declarativos las costas en la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al presente caso,

## **FALLO**

Que ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por  
contra la entidad Banco Popular Español, SA y DECLARO la nulidad de las órdenes de compraventa de los bonos convertibles “BO.POPULAR CAPITAL CONV.V.2013 ISIN ES0370412001” y “BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059” y, en consecuencia, del contrato de adquisición por error en el consentimiento y del contrato antecedente derivado de dicha adquisición por la

teoría de la ineficacia propagada o en cadena. Así como, CONDENO a la restitución recíproca de las prestaciones inherente a dicha declaración, debiendo la demandada devolver a la actora la cantidad de 33.000 euros, con el interés legal devengado desde el instante que se materializaron las correspondientes y sucesivas órdenes de compra, si bien compensando los rendimientos obtenidos por la actora que ascienden a 10.506,47 euros, con el interés legal desde el instante en que se formalizaron los rendimientos, cantidades que se determinarán en su caso en ejecución de sentencia, y con restitución a la demandada de las acciones adquiridas en virtud del canje. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que esta resolución no es firme y contra la misma cabe presentar recurso de apelación ante este mismo Juzgado, en el plazo de veinte días desde su notificación y del que conocerá, en su caso, la Ilma Audiencia Provincial de Girona.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, con archivo del original en el libro de Sentencias de este Juzgado, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída, dada y publicada por la Juez que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública el día de su fecha. Doy fe.